

SOBRE LA PERENNE NECESIDAD DE LA CODIFICACIÓN

Ferrando Mantovani

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Florencia

Traducción de Jesús Martínez Ruiz.

1.- Entre los principales dilemas de la moderna Ciencia Penal se encuentra, sin lugar a dudas, el de la descodificación y la recodificación.

En efecto: o bien se piensa, como desde ciertos sectores se afirma y como parecerían confirmar ciertas prácticas legislativas descodificadoras, que la complicada edad moderna -por su dinamismo, por la multiplicidad y complejidad de los problemas que surgen a cada momento- y el “estatalismo” -multiplicador de leyes e intervencionista, ya por autoritario ya por paternalista, en los detalles de la vida y el trabajo de la gente- han marcado la crisis de la codificación penal. Si es así, es necesario concluir resignadamente que el Derecho Penal, abandonado el ideal iluminista de las leyes “pocas”, “sencillas”, “claras” y “estables”, por la realidad de las leyes “muchas”, “complejas”, “confusas” e “inestables”, ha entrado en la era irracional de la descodificación y de las legislaciones especiales: esto es, la era de la nebulosa de las leyes penales usadas como instrumento de gobierno de la sociedad y no como tutela de bienes; de las leyes de compromiso, de formulación indeterminada y estimativa; de las leyes privilegiadoras de potentes grupos sociales; de las leyes vacías, simbólicas, mágicas, destinadas tan sólo a poner en escena la diligencia en la lucha contra ciertas formas de criminalidad; de las leyes “hermafrodita” con forma de ley pero sustancia de acto administrativo; de las leyes cultivadoras del clientelismo, corporativas, para el trueque del voto electoral por privilegios particulares; de las leyes técnicamente desaliñadas e ilógicas, inspiradas en la “libertad de expresión”, de cada vez más ardua comprensión; de las leyes-expediente, del caso por caso, para sobrevivir día a día y casi siempre mal; de las leyes “burocráticas”, meramente sancionadoras de genéricos preceptos extrapenales. Pero con el gravoso precio del degenerativo fenómeno de la relegación del Código Penal a la categoría de mero apéndice de la legislación extrapenal; de la inflación legislativa; de la crisis del Principio de Legalidad-Certeza-Claridad Jurídica, que ha resistido a todos los ataques (de la crítica ideológica, psicoanalítica y científica) y que se ve hoy cada vez más atacado por ciertas prácticas legislativas descodificadoras, precisamente en una época en la que el principio de legalidad está reconocido a nivel constitucional: en una Constitución rígida; del ordenamiento jurídico “oculto”, amen de ardua accesibilidad; del *arbitrium iudicis*, de la deformidad jurisprudencial, y del “caos de la Justicia”. Resumiendo: del desborde y la inseguridad jurídica, coincidentes con una profunda crisis de nuestra civilización y expresión de ciertas florecientes concepciones, turbias y regresivas, del mundo.

O bien -como está acaeciendo en Francia, en España y en Italia- no nos resignamos e intentamos combatir esta idea de que el desorden y la inseguridad jurídica no sólo son una fase histórica transitoria, aguda, sino que están destinados a caracterizar de forma estable, crónica, los Ordenamientos jurídicos modernos. Y entonces, junto a las soluciones de fondo, inimaginables sin una radical toma de partido a favor de la civilidad (mediante la recuperación del consenso sobre valores fundamentales, existenciales, en una sociedad cada vez más conflictiva y pendenciera; mediante la simplificación, la esencialización, la desregulación de la vida entera), en dirección a la cual no parece que se estén moviendo las enmarañadas sociedades modernas, existe también el remedio de la racionalización del Derecho Penal.

2. Racionalización que tiene como presupuesto -cuando menos también válido respecto de la política criminal- el redescubrimiento de algunas sabias verdades, favorecedoras también de la labor legislativa, sin las cuales no es posible ni codificar ni, tampoco y aun mucho menos, efectuar una

coherente Política criminal, hecha a base de principios claros y de coherentes aplicaciones prácticas.

La primera verdad es el redescubrimiento de las “constantes” y de las “variables” criminales, para evitar los vaivenes de las modas pasajeras, siguiendo las cuales se corre el riesgo de encontrarse periódicamente en el punto de partida y en la necesidad de reiniciar el camino después de haber cometido los mismos errores cíclicos, como la Historia de cincuenta años de mala política criminal italiana viene a demostrar. La segunda verdad es el redescubrimiento, por parte del legislador, de la inexorable diferencia entre “actuar” y “dejarse llevar”, cuyo desconocimiento ha creado en estos decenios, y continúa creando, tantas turbaciones intelectuales y operativas en el plano político-criminal. La tercera verdad sería *leges non sunt multiplicandae sine necessitate*, con la consecuente invitación al “reposo del legislador”, siempre preferible a un legislador descompuesto y desaliñado, porque quien siembra leyes no siempre recoge justicia. Y la cuarta verdad es el redescubrimiento de la fundamental distinción entre el Derecho Penal de la racionalidad, y el Derecho Penal de la necesidad, de la emergencia: entre regla y excepción, entre principios regulares y normas excepcionales, debiendo el primero constituir el “núcleo duro” del derecho penal.

Racionalización del Derecho Penal que tiene como instrumento técnico el retorno a la neocodificación, esto es la recuperación de la *centralidad* del Código penal, expresivo de la racionalidad garantista, como *corpus* de normas ordenado a la tutela de los valores fundamentales de una civilizada vida en sociedad, con la complementariedad marginal de la legislación especial, atinente sobre todo al Derecho Penal de la necesidad y de la patología social, sólo justificable si se circunscribe a sectores marginales como las materias de carácter eminentemente técnico o como las normas penales meramente sancionadoras de preceptos jurídico-administrativos, o como la reglamentación excepcional de carácter temporal, tal la legislación de emergencia (mafiosa, antiterrorista). También para evitar el riesgo de que este Derecho excepcional sea “normalizado”, por vía de la codificación, como Derecho “ordinario” y entonces “infecte”, “contamine”, la racionalidad garantista del Código penal.

La recuperación del centralismo del Código y la complementariedad marginal de la legislación especial es viable, en los términos expresados en el *Schema di delega legislativa per un nuovo Codice penale*, de acuerdo con las siguientes tres directrices: a) la restitución al Código Penal de delitos descentrados, dispersos en la legislación especial y reconducibles a objetividad jurídica una vez codificada (p.ej.: a los delitos contra las personas: los delitos de aborto, contra la paternidad de las obras del ingenio, en materia de prostitución; a los delitos contra el patrimonio: los delitos contra el derecho de autor; a los delitos contra la economía: los delitos societarios, concursales, bancarios, fiscales, la infidelidad patrimonial; a los delitos contra la comunidad: los delitos de genocidio, de deportación colectiva, de captura de prisioneros); b) el enriquecimiento del Código Penal con los nuevos tipos de protección de bienes jurídicos emergentes (p.ej.: la dignidad humana: clonación, hibridación, selección genética, inseminación artificial; el medio ambiente; el patrimonio cultural; la fauna; el paisaje) o bien lesiones a bienes ya codificados pero a través de nuevas formas de agresión (p.ej: el patrimonio a través de los fraudes informáticos, el hurto de servicios informáticos o telemáticos, la reserva o el secreto informático o telemático, etc.); c) a través de la cláusula del artículo 13 de las Disposiciones transitorias del *Schema* citado, según la cual “a los fines de asegurar la centralidad del Código Penal, en los casos en que el hecho sea previsto como delito por el Código penal y por leyes especiales preexistentes, (se establece) la no aplicabilidad de éstas, salvo que hayan sido confirmadas por la Ley que apruebe el Código Penal, al tiempo de la entrada en vigor del mismo”, es decir, a los fines de pulir el Derecho Penal de la “mala compañía” de la legislación especial, siempre sofocadora del Código.

3. En la tarea de la neocodificación, de la construcción de nuevos modelos de Códigos, estimulante aventura intelectual y cultural, se imponen precisas opciones de fondo, de civilidad (conscientemente operantes en la Comisión que ha redactado el *Schema*), en relación a los diversos modelos históricos de Códigos penales y sus peculiares connotaciones bajo una doble perspectiva: de contenido, es decir, de los sistemas de valores a tutelar, y de la técnica legislativa de formulación del nuevo modelo de código. Modelos que reflejan las perennes contraposiciones dialécticas del pensamiento penal y experimentadas *in vivo* en la concreta realidad histórica.

Sobre el aspecto del contenido del sistema de valores a tutelar, la primera opción luminosa de civilidad no puede ser otra que el repudio integral, sobre todo, del modelo de *Código penal de la*

opresión, con todas sus connotaciones policiales, represivas, terroristas, que en los tiempos modernos constituye la expresión penal de los totalitarismos ideológico-políticos, trágicas connotaciones de nuestro siglo y dolorosamente experimentadas también en materia penal; repudiable también sería el modelo de *Código penal del privilegio*, con todas sus connotaciones discriminatorias, de tutela de sujetos “más iguales” respecto de aquellos “menos iguales”, que en los tiempos modernos constituye la expresión penal del viejo Estado Liberal individualista-egoísta. Por el contrario, incondicionalmente a favor de un proyecto de *Código penal personalístico*, de la libertad, expresión penal del moderno Estado social de Derecho, en la ineludible búsqueda de un punto de encuentro entre los bienes, siempre en potencial tensión, de la “libertad” y de la “igualdad social”. Y que presenta precisas connotaciones sobre el fundamento y la función.

Por lo que respecta al *fundamento*, éste se centra en el *principio personalista* de la primacía de la persona humana como “valor ético en sí”, del hombre-valor, del hombre-persona, del hombre-fin, no instrumentalizable por ninguna finalidad extrapersonal, ni siquiera de Política Criminal, sea sujeto activo o pasivo, víctima o reo; ello se pone en irreductible contraposición con el *principio utilitarista* del hombre-cosa, del hombre-masa, del hombre-medio, abierto a cualquier instrumentalización, en función del utilitarismo público-colectivo, del utilitarismo mayoritario (de la mayor felicidad para el mayor número y con menoscabo al menor número posible) o del utilitarismo individualista-egoísta (de la propia mayor felicidad) también en lo que atañe a la Política Criminal.

4- En lo concerniente a la *función*, el Derecho Penal personalista opera no solamente como límite a la libertad, sino sobre todo y principalmente, como instrumento de libertad, en función de la defensa -sin discriminación- de los Derechos humanos de libertad (que son no sólo “libertad de” sino también “libertad para”) frente a las ofensas de cualquiera, tanto sujetos públicos como sujetos privados, tanto delincuencia privada como delincuencia de Estado.

El modelo de Código Penal personalista, de la libertad, asume una función primaria de instrumento de la libertad, individualizando el sistema de bienes jurídicos y su relativa jerarquía, según la triple directriz personalista de fondo, seguida también por el *Schema*: a) El carácter central del ser humana, que constituye, en la jerarquía personalista de los valores, el bien primario. b) La consiguiente distinción entre los bienes-fines, constituidos por Derechos fundamentales de la persona humana, y los bienes-medio, constituidos por bienes patrimoniales y bienes supraindividuales (la familia, la comunidad, el estado-administración, el estado unidad y sus instituciones democráticas), que son instrumentos para la conservación, dignidad y pleno desarrollo de la persona humana, en su dimensión individual y social (como sancionan los artículos 2 y 3 de la Constitución); c) La consiguiente *centralidad de los Derechos de la persona*, que por su propia prioridad deben, incluso topográficamente, abrir la parte especial del Código, seguidos después por los delitos-medio, en neta contraposición con los Códigos totalitarios y autoritarios, caracterizados en cambio por la centralidad de los bienes público-colectivos, por la jerarquización de los bienes público-colectivos como bienes primarios y de los bienes del ser humano como bienes-medio, instrumentales a los primeros, y tutelables en el límite de su propia instrumentalidad.

El *Schema* de nuevo Código Penal, moviéndose según tales directrices humanistas, abre la Parte Especial -desde mi punto de vista, es la más innovadora y original y, quizás, no encuentra parangón en otros modelos de codificación- con los Delitos contra la persona, que desde los tradicionales delitos contra la vida, la seguridad individual, el honor, la libertad, se expanden a los delitos contra la integridad física, la libertad sexual, el ajeno sentimiento de reserva sexual, la reserva de la vida privada y de las comunicaciones; además de los delitos contra la dignidad humana, bien emergente (comprendiendo los Delitos de esclavitud, en materia de prostitución, contra la identidad genética, contra la dignidad de la maternidad, de comercio de partes del cuerpo humano vivo, contra la dignidad de la persona difunta), contra la propiedad intelectual, contra el concebido; e incluso en los Delitos patrimoniales, siendo el patrimonio individual, en sus debidos límites, el bien-medio primario para la conservación, autonomía y desarrollo de la persona humana. Siguen, después, los Delitos contra los bienes-medio supraindividuales: contra las relaciones civiles, sociales, económicas, contra la Comunidad, contra la República.

El modelo de Código Penal personalista, de la libertad, asume la función de límite a la libertad a través del respeto a algunos principios coesenciales, que enmarcan la citada función limitadora, y son coherentemente aplicados, a mi parecer, en el *Schema*: a) el *principio de necesidad del Derecho*

Penal, en cuanto Derecho “fragmentario”, a fin de que la libertad sea la regla y la pena la excepción, y articulándose bajo los principios de merecimiento (o proporcionalidad) de la tutela penal y de la subsidiariedad del Derecho penal como extrema ratio; en contraposición al principio totalitario de la expansión del Derecho Penal, como instrumento de impostación ideológica del individuo y de control de su fidelidad a la Verdad del Estado; b) el *principio de legalidad y certeza jurídica* en su triple articulación de la reserva de ley, de la taxatividad y de la irretroactividad; en contraposición al principio totalitario de la legalidad material, extraído de fuentes últimas extralegislativas, y en base al cual es delito cada conducta socialmente peligrosa, también aunque no sea expresamente prevista por la ley como delito; c) el *principio de materialidad del hecho*, porque sin el hecho o prescindiendo de él, se tiene un Derecho Penal, totalitario o moralizante, de la voluntad o de la peligrosidad social del autor, de la nuda cogitatio, del sentimiento interior, de la sospecha; el cual tiene como corolario la excepcionalidad de los delitos omisivos, circunscritos a la satisfacción de las fundamentales e irrenunciables exigencias de la solidaridad, expresadas también en la Constitución; d) el principio de ofensividad del hecho, es decir, del delito como lesión o como puesta en peligro de bienes ontológicamente preexistentes a la norma penal; el cual tiene como corolario la no admisibilidad de delitos sin bien jurídico o sin ofensa, con excepción efectuada para los delitos obstáculo y los delitos de peligro no concreto, impuestos por la necesidad de la general prevención de las ofensas a los bienes primarios de la persona humana y de las instituciones democráticas; e) el *principio de la responsabilidad penal personal*, que requiere no sólo la imputación objetiva sino también la imputación subjetiva del hecho al autor (con exclusión de cada forma de responsabilidad expresa u oculta, no sólo del *factum* ajeno, sino también objetiva), la imprescindible capacidad de entender y de querer y, en la base, la libertad moral, porque no sólo la imputabilidad y la culpabilidad, sino el mismo Derecho Penal como tal, tienen como presupuesto si no ontológico, al menos “lógico”, la libertad de autodeterminación, por lo que el Derecho Penal de la libertad presupone no solamente la libertad política a tutelar sino también la libertad moral de la que partir, porque la propia libertad política requerida por los sujetos “determinados” a otros sujetos “determinados”, también políticamente, constituiría solamente la ilusoria pretensión de influenciar el condicionamiento político de los demás. También si, como las ciencias filosóficas, antropológicas, naturalísticas, han esclarecido, la libertad moral es libertad “no absoluta” sino “condicionada”, y entonces, mensurable en relación a la singular individualidad concreta, hasta su anulación: en sujetos susceptibles, no de pena, sino, todo lo más, a medidas especiales preventivas.

5.- Pasando finalmente a la *técnica legislativa* de formulación del proyecto de Código Penal personalista, de la libertad, los principios de necesidad y de legalidad, certeza y claridad jurídica imponen la observancia de algunos cánones fundamentales.

El primer canon es la *reinterpretación* moderna del irrenunciable principio de reserva de ley, en el sentido de que el Parlamento, no obstante su decaimiento -constatable a diario- como tutor de la legalidad, es el poder más idóneo para ejercer el control garantista sobre la producción legislativa penal, pero no para proveer la formación técnica de textos legislativos caracterizados por la taxatividad, donde la vía idónea es la de la delegación legislativa.

El segundo canon es el de la *simplificación*, de la esencialidad simplificadora, realizable a través de la formulación de los tipos según la técnica de la normación sintética, garantía contra los excesos descriptivos casuísticos, no inherentes a la tipicidad, y que se funda: a) sobre la clasificación, primaria, de los delitos según precisas objetividades jurídicas de categoría, ontológicamente preexistentes a la norma (cuya concreción viene asegurada, también donde sea menester, a través de ulteriores clasificaciones, en los epígrafes de los capítulos y secciones de la parte especial); b) en la nucleación de los tipos según las fundamentales tipologías ontológicas de agresión a las diversas objetividades jurídicas de categoría, para evitar inútiles derroches de tipos legales, puesto que la naturaleza, en su esencial economicidad, es mucho más parca en conductas ofensivas que nuestros dispersados e ilógicos legisladores; c) en la limpieza del Código penal de duplicidades, prescindibles por la Política Criminal, y sin ningún anclaje en la prevención general, como las normas especiales a las reglas de la parte general: así como las circunstancias especiales, que sean reconducibles a las circunstancias comunes; por la enrevesada categoría de los delitos cualificados por el resultado, reconducibles al concurso formal entre delitos dolosos y culposos; por los delitos complejos, reconducibles (quizás con alguna excepción) al concurso de delitos; así como para los delitos

preterintencionales; para los delitos de atentado o de consumación anticipada, reconducibles a la tentativa; para delitos especiales, previstos en función, no de una sectorización del interés ofendido (por ejemplo, la malversación) sino del diverso grado de ofensa o de culpabilidad (por ejemplo: hurtos menores, apropiaciones menores).

El tercer canon consiste en la formulación del tipo en términos tales que aseguren tanto la no inversión de la carga de la prueba (como en ciertos tipos de sospecha) cuanto, al menos en vía de principio, la real materialidad y ofensividad del hecho: a través de tipos de lesión, de peligro concreto o, en su caso, de peligro abstracto, pero no de peligro presunto.

El cuarto canon sería -contra la habitual "verborrea legislativa" y "libertad de palabra" del legislador- la corrección técnica y la uniformidad del lenguaje de los esquemas de formulación; la suficiente determinación de los términos lingüísticos usados, limitados a aquellos "rígidos" o "elásticos", con exclusión de aquellos asfixiantes "conceptos vagos" o de contenido emocional; el abandono de la técnica del reenvío.

Y el elenco de cánones podría continuar.

El futuro decidirá si la actual tendencia expansiva del "desorden jurídico" en que estamos sumergidos quedará en una fase transitoria aguda, coincidente con una profunda crisis de nuestra civilización, o si, a través de nuevos desarrollos, estará destinada a caracterizar establemente los ordenamientos jurídicos, de forma que la inseguridad jurídica y el arbitrio judicial se conviertan en expresión de las renovadamente florecientes concepciones turbias del mundo. Pero el deseable retorno del orden y a la seguridad jurídica, cuando se produzca, si es que se produce, no podrá prescindir del *retorno de la codificación* y del fin de la era de la legislación especial. La existencia o no del "clima político" necesario para la recodificación no es problema de la Ciencia Penal: que el científico haga lo que debe y, después, que suceda lo que tenga que suceder.

Ponencia al Convegno di Studi su "Valori e principi della Codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto", celebrado en Florencia durante los días 19 y 20 de noviembre de 1993. (El profesor Ferrando Mantovani ha desempeñado una función primordial en los últimos esfuerzos de recodificación en Italia, señaladamente el Schema di delega legislativa per un nuovo Codice Penale, frustrado principalmente por la inestabilidad política). Versión original en italiano publicada en papel: Archivio Giuridico, Volume CCXIV, Fascicolo 3-4, 1994, pp. 263-273.

SOBRE LA PERENNE NECESIDAD DE LA CODIFICACIÓN

Ferrando Mantovani

RESUMEN: *El fenómeno contemporáneo de la descodificación del Derecho Penal se nutre principalmente de la errónea atribución de carácter estable, crónico, a circunstancias que no dejan de ser puntuales, agudas, relacionadas con la complejidad de la vida y las relaciones en sociedad. Al margen de la necesidad de un consenso general que permita el desarrollo del ordenamiento penal sobre la base de la seguridad jurídica y la recuperación de la centralidad del código, estos objetivos pueden ser alcanzados al menos en parte mediante la **racionalización** del Derecho Penal. Al hilo de una exposición somera de las líneas maestras del Schema di delega legislativa per un nuovo Codice Penale, se propone una serie de cánones, tendentes a reducir el presente desorden jurídico a unos límites de seguridad y racionalidad mínimos. Entre ellos se encuentran principios esenciales como el de necesidad del Derecho Penal, el de legalidad y certeza jurídica, el de materialidad y ofensividad del hecho o, por último, el principio de la responsabilidad penal personal.*

PALABRAS CLAVES: *código penal, codificación, principio de legalidad, principios del derecho penal*

FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC: *abril de 1999*